

Turma e Ano: MASTER A- 2015

Matéria / Aula: ADMINISTRATIVO

Professor: LUIZ OLIVEIRA JUNGSTEDT

Monitora: Tatiana Carvalho

Aula 10

Temas da aula: Concessão de serviço público- parte final. Parceria público-privada.

Vamos iniciar a aula respondendo às duas perguntas deixadas na última aula, acerca da exceção do contrato não-cumprido nos contratos de concessão e nos contratos de direito administrativo. Dois artigos são importantes para responder a essas perguntas.

Cabe exceção de contrato não-cumprido nos contratos de concessão? Não, uma vez que diante do princípio da continuidade do serviço público, o concessionário não pode interromper o serviço. Essa proibição é reforçada com o já visto art. 39, par. un., L. 8987/95:

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Mas a mesma proibição ocorre nos contratos gerais de direito administrativo? A resposta está no art. 78, XV, L. 8666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Portanto, nos contratos de prestação de serviço (e não de serviço público), o contratado pode, unilateralmente, SUSPENDER o serviço, mas não rescindir o contrato, em que pese o inciso fazer parte das causas de extinção (rescisão)¹ do contrato administrativo.

O primeiro autor a perceber essa possibilidade foi o saudoso Diógenes Gasparini.

Para a maioria da doutrina, o contratado deve aguardar o prazo de noventa dias para suspender a execução do serviço e requerer a rescisão. O professor, no entanto, entende que o prazo de noventa dias é somente para requerer a rescisão. A suspensão independe do prazo de noventa dias, podendo ser feita com o atraso do primeiro pagamento.

¹ Não se esqueça de que na Lei 8666/93, utiliza-se o termo rescisão do contrato como gênero, e na Lei 8987/95 utiliza-se o termo extinção como gênero, e rescisão como espécie.

Mas tome cuidado: todas as questões de concurso dão o prazo de noventa dias para a suspensão.

Outro cuidado é com a questão do serviço- a expressão suspensão do serviço não quer dizer suspensão do serviço público. O inciso da Lei 8666/93 não se aplica aos serviços públicos, como já visto acima. No entanto, já houve examinador tentando enrolar candidato em prova oral.

Prestação de serviço implica terceirização. Prestação de serviço público é concessão.

Parcerias público- privadas

A) Comparação entre as formas de contratação

	Lei 8666/93	Lei 11079/2004	Lei 8987/95
Risco da execução	Total da Administração Pública	Compartilhado entre poder público e contratado (art. 4º, VI)	Total do concessionário/ permissionário
Forma de pagamento	Dotação orçamentária	Parte em tarifa pública, parte em dotação	Tarifa pública

Essa evolução está ligada a crises. No primeiro momento, o poder público não pagava, e surgiram licitações desertas. Depois, em um segundo momento, a necessidade de infraestrutura foi quem levou às parcerias público-privadas, já que em alguns lugares, mais afastados, não haveria interesse em se conseguir concessões, e muitas licitações se tornaram desertas.

Com isso, aumentaram-se as garantias ao contratado. Uma questão muito interessante, por exemplo, é o art. 11, III, L. 11079/2004:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Esse artigo prevê a possibilidade de arbitragem para resolução de conflitos entre o poder público e o parceiro privado. Além disso, para assegurar o pagamento, foi criado o fundo garantidor da parceria público-privada, previsto no art. 8º, V, L. 11079/2004, que deve ser combinado com o art. 16, da mesma lei.

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

(...)

V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

A maior parte da doutrina entende que o fundo garantidor da parceria público-privada é inconstitucional, por violar o regime de precatórios. A OAB, inclusive, contratou um parecer do Kiyoshi Harada².

O problema é que para concursos de advocacia pública, precisamos saber os fundamentos pela constitucionalidade, porque se deve defender a parceria público-privada. Dois fundamentos são interessantes:

a) precatório é forma de pagamento para as decisões judiciais. Já o fundo garantidor é utilizado para pagamento de decisões arbitrais.

b) O art. 16, §1º, L. 11079/2004 prevê que a natureza desse fundo é privada. E o art. 100, CR, no entanto, é aplicável a pessoas jurídicas de direito público. Como ele tem natureza privada, não cabe precatório³.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

² O parecer pode ser encontrado no site da OAB/SP: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/01/27/2814>.

³ CUIDADO: O Fundo Garantidor não tem personalidade jurídica, mas sim natureza privada.

Para não ficarmos somente nos argumentos pela constitucionalidade, vejamos também os argumentos pela inconstitucionalidade.

O principal deles é a indisponibilidade do serviço público. O problema é que se usam títulos e bens para formação do capital do fundo garantidor da parceria. Como é formada por bens públicos, entregar os bens à iniciativa privada leva à disponibilidade do bem público, o que é proibido. Para piorar, podem ser usados bens de uso comum e bens de uso especial- vide art. 16, § 7º, L. 11079/2004:

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

Isso fere frontalmente o princípio da indisponibilidade do bem público. E esse é justamente o principal fundamento para a utilização de precatórios.

Pode ser pior? Pode. Vide o art. 18, §6º:

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

Ou seja, o Fundo Garantidor, depois de utilizado, vira credor do Estado, e este pode passar para o fundo garantidor mais bens.

Curiosidade: dá para entrar no *site* do Rio Porto Maravilha, que é a PPP mais cara do Brasil⁴. No *site*, tem o edital de licitação e o contrato de parceria público-privada. E neles encontramos coisas interessantes, como por exemplo, a cláusula de peritagem- um mecanismo privado de resolução de conflitos técnicos. A arbitragem, por sua vez, resolve conflitos jurídicos.

Além do fundo garantidor e da cláusula de arbitragem, existem outras garantias nas parcerias público-privadas, como a prevista no art. 8º, I, L. 11079/2004:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

Esse artigo tem alguma polêmica. Verifique com o próprio artigo 167, IV, CR, citado pelo dispositivo acima:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de

⁴ Disponível em <http://www.portomaravilha.com.br/web/esq/cdurContratos.aspx>

recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

O dispositivo fala justamente da não-vinculação de tributos, e o raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello é que, ao colocar a vinculação de receitas como garantia, o legislador viola justamente o artigo, já que exceções à não-vinculação só podem existir na Constituição. Mas o inciso NÃO fala em impostos, e sim receita. Então, posso dizer que o artigo é constitucional, pois separa o imposto.

Tipos de parceria público-privadas

Art. 2º, §§1º e 2º, L. 11079/2004:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Dois tipos: patrocinada e administrativa.

Cuidado com a denominação: tem autor que fala parceria público-privada patrocinada, outros concessão patrocinada, e outros até parceria público-privada concessão patrocinada, que é o mais completo.

a) patrocinada- art. 2º, §1º, L. 11079/2004:

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Ao definir essa modalidade de PPP, o legislador deu ênfase à forma de pagamento. Mas fala também no objeto, que são a prestação de serviço público e obra pública. Essa obra pública, no entanto, não pode ser considerada isoladamente, sendo na verdade a obra que precede o serviço público- vide art. 2º, §4º, III L. 11079/2004:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

(...)

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Art. 14, L. 11079/2004:

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:

I - definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada

A escolha da utilização da concessão comum e da concessão PPP é discricionária do poder concedente.

b) Concessão administrativa

Aparece em emenda no plenário. Mas como veremos adiante, é altamente questionável como modalidade de concessão.

Veja o conceito- art. 2º, §2º, L. 11079/2004:

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Veja as diferenças entre as modalidades, em especial no que tange à forma de pagamento, o objeto e quem é o usuário.

Enquanto na concessão patrocinada, o usuário é o cidadão, na concessão administrativa, o usuário é o poder público.

O objeto da concessão administrativa, ao contrário da concessão patrocinada, não é serviço público, mas prestação de serviços simples.

E por fim, não há nenhuma menção à forma de pagamento, o que por um bom tempo dividiu a doutrina.

Na verdade, então, não é uma concessão, mas sim uma terceirização. E isso causa estranheza. Assim que saiu a lei da PPP, Carvalhinho foi o primeiro a atualizar o livro e na primeira edição em que ele fala sobre PPP ele não fala sobre a forma de pagamento da PPP concessão administrativa. Só que pouco depois, caiu na prova do Ministério Público, em uma questão redigida por ele.

IMPORTANTE: PGE costuma cair na prova questões envolvendo pareceres dos procuradores. Então, exige raciocínio e conhecimento de conceitos.

Hoje, toda a doutrina, sendo a primeira provavelmente a professora Di Pietro (em um livro chamado Parcerias da Administração Pública), entende que a PPP concessão administrativa será paga integralmente em dotação orçamentária, não tendo remuneração por tarifa.

Ou seja, nenhum dos elementos que caracterizam uma concessão estão presentes na PPP concessão administrativa. Tanto que Celso Antônio Bandeira de Mello a chama de “falsa

concessão”. Afinal se não tem serviço público, não tem tarifa, nem usuário cidadão, não pode ser concessão.

Então, PPP concessão administrativa é na verdade, uma terceirização de serviços disfarçada. MAS NUNCA DIGA ISSO EM UMA PROVA, NEM MESMO ADMITA SE PERGUNTADO. Qual o argumento para se dizer que a PPP concessão administrativa não é terceirização disfarçada? O primeiro é que a PPP concessão administrativa não pode envolver locação de mão-de-obra, portanto, não cabe dizer que é terceirização- vide art. 2º, §4º, L. 11079/2004:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

(...)

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Mas na prática, basta colocar outro objeto além da mão-de-obra e se resolve o problema.

Agora, porque disfarçar a terceirização, principalmente quando esse é o assunto do momento?

E quando inclusive se procura inserir a possibilidade de terceirização no serviço público?

Tem inclusive, um parecer do Flávio Amaral, da Procuradoria Geral do Estado⁵, aduzindo que não haveria proibição à terceirização de atividade fim no serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, simplesmente porque não existe lei proibindo. Ou seja, utiliza o princípio da legalidade na Administração Pública como no direito civil (se a lei não proíbe é permitido), aduzindo ser o princípio da juridicidade (busca-se o interesse público).

O principal objetivo de se disfarçar a terceirização na PPP concessão administrativa não é a discussão acerca da sua legalidade ou não, no entanto, mas sim a questão do prazo.

Como não existe prazo máximo regulado em nenhuma lei, faz-se necessário buscar a regra geral, prevista na Lei 8666/93. Neste caso, vide o art. 57, caput, II e §4º, L. 8666/93:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

(...)

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

Quando fala de exercício financeiro, conclui-se que o prazo máximo de um contrato administrativo é de um ano, à exceção dos contratos de prestação de serviço de forma

⁵ GARCIA, Flavio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública. IN: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*. Volume 65, 2010. P. 95-114.

contínua, em que se permite a renovação em mais de um exercício financeiro, buscando a obtenção de menores valores para a Administração. Aqui, entra a terceirização. No entanto, mesmo essa renovação é limitada, pela lei, ao prazo máximo de cinco anos, prorrogável excepcionalmente por mais um ano.

Mas na parceria público-privada, o prazo mínimo, e não o máximo, é de cinco anos, e o prazo máximo, de trinta e cinco anos. Então você disfarça para aumentar o prazo dos contratos, o que viola inclusive princípios atinentes à licitação, como a impessoalidade e a busca pelo melhor interesse público.

Di Pietro tem uma colocação que procura dar uma melhorada nesta modalidade de PPP. Segundo ela, a PPP concessão administrativa pode sim ter por objeto serviço público e não só serviço simples. Ela tira essa ideia do art. 3º, L. 11079/2004, em interpretação sistemática:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Para ela, se a lei manda aplicar dispositivos da Lei 8987/95 à PPP concessão administrativa, a conclusão que se deve chegar é que ela pode ser aplicada a serviços públicos. Um exemplo que se usa é o transporte público gratuito. Não havia antes instrumento legal para essa contratação, porque a concessão de serviço público deve ser remunerada, via de regra, por tarifa. Então, para garantir o transporte público gratuito, agora o Município pode usar a PPP concessão administrativa e colocar a remuneração por dotação orçamentária. Outro exemplo, usado pelo ex-presidente Lula à época da edição da lei, foi a gestão dos presídios.

Com isso, terminamos o estudo das parcerias do setor público com o setor privado (segundo setor). Na próxima aula, iniciamos o estudo do terceiro setor.